

UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

IN FAVOUR OF CONSTITUTIONALIZING SOCIAL RIGHTS

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 9-1-16

Fecha de aceptación: 15-3-16

Resumen: *El propósito del presente trabajo es justificar que si los derechos sociales se aceptan como derechos humanos, la distinción entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos carece de sentido desde el punto de vista de la fundamentación y desde el punto de vista de la estructura, y que, por tanto, también debería dejarse de lado en la articulación de los sistemas de protección de derechos. Efectivamente, si todos los derechos se orientan a garantizar que las personas tengamos el control de nuestras propias vidas, y si de todos se derivan deberes de respeto y deberes de protección, no existen argumentos en contra de la exigibilidad de los derechos sociales que no pudieran hacerse extensivos también a los derechos civiles y políticos.*

Abstract: *This work argues that, if social rights are considered human rights, the distinction between economic, social and cultural rights, and, civil and political rights, makes no sense from an 'ethical' and 'structural' point of view and that, therefore, that distinction should be left aside in building a system of guarantee of the rights. Indeed, if all rights seek to ensure control over our own lives, and if all rights generate duties of respect and duties of protection, there will be no arguments against the enforcement of social rights that could not also be extended to civil and political rights.*

Palabras clave: derechos sociales, autonomía y derechos, deberes positivos, igualdad, garantías de los derechos sociales

Keywords: social rights, autonomy and rights, positive duties, equality, guarantees of social rights

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de derechos sociales aparece como un concepto esquivo. Para su caracterización es frecuente recurrir a una serie de rasgos con los que se trata de subrayar sus diferencias con respecto a los derechos civiles y políticos en cada una de las dimensiones de las que la idea de derechos humanos está provista (dimensión ética, una dimensión política y una dimensión jurídica)¹. Así pues, en el plano ético, los derechos económicos, sociales y culturales se suelen considerar vinculados a la igualdad material o a la solidaridad, y son relacionados también con la idea de necesidades. Frente a ellos, los derechos civiles y políticos se entienden fundamentados en la libertad y la igualdad formales. De este modo, se dice, las exigencias de ambos tipos de derechos son tendencialmente contradictorias.

Se subraya, así mismo, que los derechos civiles y políticos constituyen el ámbito de lo no decidible, quedando, por tanto, excluidos del juego de la política mediante su blindaje en normas constitucionales. Por el contrario, los derechos sociales son configurados por el poder político.

Finalmente, en torno a los derechos civiles y políticos, considerados en términos generales derechos negativos, se articulan garantías judiciales que se rechazan para los derechos económicos, sociales y culturales, en parte debido a que se consideran derechos a obtener prestaciones cuyo alcance debe ser debatido, discutido y negociado en los espacios políticos y no tanto en los jurídicos. En tanto que derechos prestacionales, los derechos sociales son derechos caros, por lo que su efectividad queda condicionada a la existencia de recursos. Se insiste, por otro lado, en que las exigencias de los derechos sociales son indeterminadas, lo que es un argumento más para afirmar que dotarlos de garantías equiparables a las de los derechos civiles y políticos puede llevar a colocar la Constitución (y las decisiones de gasto público) en manos de los jueces. Estas razones se utilizan para justificar la ausencia de derechos sociales en el plano constitucional, o su menor protección.

¹ G. PECES-BARBA y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 105. Ver también C. GEARTY, "Against Judicial Enforcement", en C. GEARTY, y V. MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, pp. 1-84, p. 12, "The term human rights ... is multi-purpose: seeming to make sense at the level of morality ('here is why you ought to help the stranger'), in the realm of politics ('they have a human right to this or a human rights to that -therefore arrangements must be made form them to get it-'), and in the sphere of law ('the right is set out in the Charter or the covenant or in the constitution that our forefathers created to keep us in check').

Desde el punto de vista del Derecho internacional, el compromiso con los distintos bloques de derechos señalados se realiza en el sistema universal mediante dos pactos que se acompañan de sus respectivos sistemas de garantía, resultando menos exigente el que corresponde a los derechos sociales. Incluso a veces se plantea que los instrumentos para la garantía y protección de los derechos económicos, sociales y culturales deberían encontrarse en el ámbito de las políticas de desarrollo más que en los espacios reservados a los ‘derechos humanos’.

Es cierto que históricamente los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos civiles y políticos responden a tradiciones distintas. Sin embargo, también lo es que la tradición liberal que inspira los derechos civiles es en sus orígenes ajena a las exigencias de la tradición democrática, presente en la construcción que inspira la idea de que los derechos políticos son derechos humanos, y ello no es un obstáculo para que ambos tipos de derechos –civiles y políticos– aparezcan hoy incluidos en una misma categoría. Frente a ellos son situados los derechos sociales, que se agrupan con los económicos y culturales y operan de forma conjunta como criterio de legitimidad del poder. De este modo, sería difícil considerar que un Estado es de Derecho si no existe un reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos.

En el siguiente apartado pasaré a realizar una caracterización de los derechos sociales para, a continuación, revisar los argumentos señalados con el objetivo de mostrar que en definitiva las diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos se encuentran en la ideología que los sustenta. Si se aceptan de un modo coherente los valores y la concepción de la política que están detrás de los derechos económicos, sociales y culturales, estas diferencias señaladas se difuminan y el mantenimiento de categorías separadas sólo tiene la utilidad de justificar una menor protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Con ello, la opción predominante en los sistemas de protección –que lleva a reforzar los derechos civiles y políticos y a presentar los derechos económicos, sociales y culturales como argumentos jurídicamente débiles– queda desprovista de fundamento teórico y puede considerarse como meramente coyuntural, obediente a las circunstancias históricas en las que se gestaron los correspondientes instrumentos, y hasta superada en el plano internacional por los principios de interdependencia e indivisibilidad².

² Ver M. J. ANÓN, “Derechos humanos y obligaciones positivas”, en M. J. BERNUZ Y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. (43-72) 47 y ss.

2. ¿QUÉ SON LOS DERECHOS SOCIALES?

La noción de derechos sociales se ha utilizado para amparar ideas tan distintas como el derecho a la salud y el derecho de huelga. Por otro lado, comúnmente se enuncian los derechos sociales agrupados con económicos y culturales. A las dificultades que de esto pudieran derivarse, se añade, como se ha señalado, que la mayoría de las ocasiones se caracteriza a los derechos sociales intentando subrayar los rasgos que los diferencian de los civiles y políticos, de modo que, por ejemplo, se identifican como derechos a obtener prestaciones del Estado. En definitiva, no existe un consenso sobre su conceptualización.

Si se pasa revista a los textos internacionales, vemos que el artículo 22 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos establece lo que podríamos considerar un derecho general a los derechos sociales al afirmar que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Además, en ella se enuncian el derecho al trabajo (artículo 23 y muy relacionado con el artículo 24), el derecho a un nivel de vida adecuado (que incluye el derecho del titular y de su familia a la salud y bienestar, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica, servicios sociales necesarios y seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez “y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”); a la educación (artículo 26); a participar en la vida cultural (art 27).

Por su parte, en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) se incluyen el derecho al trabajo y condiciones adecuadas de trabajo (arts. 6 y 7), derecho a fundar sindicatos (art. 8), a la seguridad social (art. 9), a la protección de la familia (art. 10), a un nivel de vida adecuado –alimentación, vestido y vivienda– (art. 11), a la salud (art. 12), a la educación (art. 13 y 14), y varios derechos del artículo 15 de carácter ‘cultural’ (participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico, beneficiarse de los intereses morales y materiales por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, libre investigación científica). Como puede verse, nos encontramos ante derechos de distinto tipo; por ejemplo, es posible diferenciar, siguiendo la denominación del Pacto, de tipo

económico, de tipo social y de tipo cultural. Además, no a todos les resultan aplicables en la misma medida los argumentos que frecuentemente se esgrimen frente a los derechos sociales. Así, el derecho a fundar sindicatos, o la libre investigación científica comparten muchos de los rasgos que a menudo se utilizan para caracterizar los derechos civiles y políticos.

Ante la indefinición de la categoría 'derechos sociales', a los efectos del presente trabajo puede ser interesante partir de la identificación de algunos derechos que claramente se consideran encuadrados³. Es posible incluir entre ellos el derecho a una vida digna o a una seguridad social (que incluye el derecho a la protección por jubilación, supervivencia, discapacidad, desempleo, accidente, enfermedad), el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación, vestido y vivienda) y la protección de los derechos de los trabajadores (salario mínimo, permiso por maternidad, límite de jornada, descanso, pago por horas extraordinarias...)⁴.

3. LA AUTONOMÍA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Es usual, en la reflexión sobre los derechos humanos, dotar a los derechos civiles y políticos de un fundamento diferente al de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, se ha apuntado, los primeros se dicen orientados a la libertad y los segundos a la igualdad material. Conceptos como las necesidades entran en juego en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, pero no han encontrado un acomodo semejante en relación con los derechos civiles y políticos. Este apartado se dirige a mostrar cómo el fundamento de los derechos, de todos los derechos, se encuentra en la autonomía.

³ Una estrategia similar en P. HUNT, *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*, Darmouth, Aldershot, 1996, p. 2, quien propone tomar como ejemplo de los derechos sociales los que aparecen en los artículos 11 a 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (los Instrumentos de Ratificación por España de ambos pactos publicados en el B.O.E. de 30 de abril de 1977).

⁴ Estas cinco categorías aparecen también en A. BEN-BASSAT y M. DAHAM, "Social Rights in the Constitution and in Practice", *Journal of Comparative Economics*, núm. 36, 2008, p. (103-119) 105, en un trabajo en el que el objetivo es analizar el nivel de compromiso con los derechos sociales que sesenta y cuatro Estados asumen a través de la Constitución, pero de los aspectos que aquí se incluyen en el derecho a un nivel de vida adecuado, sólo refleja el derecho a la vivienda.

En la concepción tradicional de los derechos humanos, estos se asignan al agente moral, que es quien es capaz de decidir y responsabilizarse por la opción realizada, esto es, quien es autónomo. Adicionalmente, en este mismo marco, el titular de derechos se concibe como un sujeto abstracto, de modo que los derechos se definen desconsiderando las circunstancias concretas en las que se desenvuelve la existencia⁵. No está de más recordar, que además el titular ideal de derechos coincide, de hecho, con un sujeto concreto (hombre, blanco, burgués...), por lo que las declaraciones de derechos se elaboran pensando en las amenazas que pueden perjudicar la autonomía de este sujeto. De este modo, en una primera generación de derechos, inspirada por la ideología liberal, estos se basan en el establecimiento de ámbitos de inmunidad para el titular. La concepción recién descrita es la primera que se abre paso en la política y el Derecho.

El pensamiento democrático, defensor de los derechos políticos y de una buena parte de los derechos civiles, encontrará acomodo en una segunda oleada, justificando derechos que permiten la intervención de los individuos en la conformación del poder. Si bien es cierto que ya aparecen derechos políticos en las primeras declaraciones, parece que no se configuran como derechos humanos⁶, hay que esperar a que la idea de que se desconsidera la dignidad de una persona (se la instrumentaliza) cuando se la obliga a actuar en contra de su voluntad se traslade a los criterios de legitimidad de las decisiones públicas.

Los derechos sociales son de inspiración socialista (entendiendo el término en sentido muy amplio). Cuando se introducen en los textos de derechos humanos pueden considerarse como una tercera generación de derechos. Conviene advertir que la referencia a las generaciones en estas páginas se utiliza para incidir en la circunstancia de que los derechos se incorporan a los textos de Derecho positivo en oleadas. Como se ha señalado, en el presente trabajo se trata de mostrar que no es posible justificar una graduación en la importancia de los derechos y que, por tanto, tampoco los sistemas jurídicos deberían jerarquizar. En este sentido, el recurso a una visión generacional se

⁵ Ver sobre la concepción tradicional, sus críticas y transformaciones M.C. BARRANCO, "Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI", en M. REVENGA y P. CUENCA, *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13-32.

⁶ G. PECES-BARBA, "Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto", en G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. (7-66) 63 y G. PECES-BARBA y otros, *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 62.

orienta únicamente a presentar los distintos orígenes ideológicos e históricos de la categoría. Más allá de esto, puede presentar más problemas que los que pretende resolver, puesto que podría oscurecer el hecho de que sólo en los orígenes las diferencias entre los objetivos y la estructura de los distintos derechos está clara⁷. Precisamente presentaré argumentos para justificar cómo hoy las obligaciones que se derivan del reconocimiento de derechos civiles no son exclusivamente de carácter negativo. Podemos poner como ejemplo el derecho a la vida, del que deriva para el Estado la obligación de establecer las condiciones jurídicas, institucionales y materiales adecuadas para la protección de la vida⁸.

No siempre los derechos sociales se aceptan como legítimos, así en algunos contextos se plantea una objeción generalizada frente al Estado social y a los derechos sociales⁹. El problema que aquí interesa no es tanto justificar que los derechos sociales son parte de los derechos humanos, como rebatir a quienes piensan que no merecen un nivel de garantías que sea equiparable. Este último planteamiento es frecuente en torno a aquellos modelos de organización que podemos considerar Estado constitucional, y es el que se quiere discutir en las presentes páginas.

El objetivo no es, por tanto, discutir con quienes rechazan los derechos sociales, sino mostrar como, una vez que son aceptados como derechos humanos, existen poderosos argumentos para afirmar que entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales no existen diferencias más allá de que surgen en contextos históricos, vinculados a ideologías incluso contradictorias y que de hecho son acompañados de garantías diferentes¹⁰. Esto es, si los derechos sociales se aceptan como derechos humanos, entonces es tremendamente complicado encontrar rasgos que nos permitan diferenciar entre los derechos que se contienen en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos

⁷ J. ANSUÁTEGUI, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista de Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, num. 24, julio 2010, pp. (45-64) 53-56.

⁸ M. C. BARRANCO, "El derecho a la vida", en PECES-BARBA, G. y otros (eds.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. S. XX, vol. VI, libro I, pp. (61-102) 95.

⁹ Como es sabido, es una categoría de derechos contestada. Desde planteamientos liberales clásicos o neoliberales, se rechaza por ser contraria a la libertad. Desde posiciones que podemos considerar liberal igualitarias, no se consideran derechos en el mismo nivel de fundamentalidad que los de las dos primeras generaciones. M.C. BARRANCO, "Exigibilidad de los derechos sociales y democracia", en S. RIBOTTA y A. ROSSETTI (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. (149-171), 154-158.

¹⁰ J. ANSUÁTEGUI, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", cit.

(PDCP) y los derechos que se contienen en el PDESC, distintos de su origen y de las decisiones que llevan a proteger más a unos que a otros.

Así pues, en la articulación estándar entre los distintos tipos de derechos, los sociales ocupan una posición instrumental con respecto a los otros; cuando los derechos sociales recibían algún tipo de reconocimiento, se decían orientados a hacer posible el ejercicio de los derechos individuales y civiles¹¹. La concepción que aquí se propone difiere de la concepción tradicional, pero también de aquellas que, aun partiendo de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos, encuentran fundamentos diferenciados para los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro¹².

Una posición interesante en esta línea es la de Cécile Fabre. La autora considera la autonomía y el bienestar como condiciones para una vida decente de las que hace derivar la justificación de los derechos. La autonomía implica que los individuos deciden por sí mismos qué piensan, qué quieren hacer con su vida y si y cómo pueden cambiarla¹³, en definitiva, implica que las personas controlan su propio destino¹⁴. Y tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales pueden interpretarse en este sentido. Para afirmar que las personas tienen el control de su propia vida, no basta con que cuenten con capacidades personales, también es necesario que existan opciones disponibles y el acceso a oportunidades. Puede verse de este modo, como la autonomía no sólo requiere del respeto, también de acciones positivas.

Sin embargo, y aunque en ambos casos la satisfacción de necesidades materiales opera como una condición, la autora diferencia el ámbito de aplicación de la autonomía del ámbito de aplicación del bienestar, que vincula a la ausencia de sufrimiento físico. No considero, no obstante, que esta diferencia sea necesaria, puesto que el sufrimiento físico es una circunstancia que impide y dificulta el control sobre la propia vida. Por el contrario, puede

¹¹ En G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, encontramos una crítica a los argumentos de esa concepción estándar que considera los derechos sociales axiológicamente subordinados, estructuralmente diferentes y de tutela debilitada con respecto a los derechos civiles y políticos.

¹² Si bien es preciso reconocer que es cierto que diferenciar los fundamentos no tiene por qué suponer la justificación de una jerarquía entre los derechos, F.J. ANSUÁTEGUI, "Los derechos sociales en tiempo de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación", en M. J. BERNUZ Y M. CALVO (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, cit., pp. (23-42) 28.

¹³ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 9.

¹⁴ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 369.

contradecir su conclusión de que el compromiso con los derechos civiles y políticos implica también el compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁵. Efectivamente, en los ejemplos que cita la autora, los derechos que tienen que ver con la autonomía son tanto civiles y políticos como derechos sociales que garantizan el acceso a las oportunidades, pero relaciona el bienestar con derechos sociales (ingresos mínimos, vivienda salud) –con la excepción de la protección contra la tortura–¹⁶.

También desde esta idea de un fundamento compartido para todos los derechos, situado en la autonomía, se encuentra la propuesta basada en las capacidades de Martha Nussbaum¹⁷, que expresamente se aparta de la construcción que sitúa en las necesidades el fundamento de los derechos sociales. En el marco de su teoría se establece una diferencia entre funciones propiamente humanas y capacidades, que son las oportunidades para desempeñar estas funciones propiamente humanas. Estas capacidades guardan una estrecha relación con los bienes sobre los que se construyen los derechos reconocidos o reclamados. Nussbaum establece una diferencia entre tres tipos de capacidades: básicas, internas y combinadas¹⁸. Las capacidades básicas son definidas como innatas, mientras las capacidades internas se adquieren a lo largo de la vida y las capacidades combinadas resultan de la articulación de las capacidades internas con las condiciones externas adecuadas en cada caso para el desempeño de la función¹⁹. Este punto de vista, trasladado a los

¹⁵ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution...*, cit., p. 22, “being committed to traditional civil and political rights means that one should be committed to social rights.”

¹⁶ Además, considera que una persona “severely mentally handicapped” no puede ser de ningún modo autónoma, C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, cit., p. 10, sin embargo, tanto autonomía como bienestar son condiciones para una vida decente (p. 18), con lo que está excluyendo la posibilidad de que estas personas puedan llevar una vida decente. Tal vez una vía interesante a explorar sería ver las potencialidades del bienestar, en el sentido en el que lo utiliza Fabre, combinado con la autonomía en la definición de los derechos. De algún modo, vuelve a hacerse presente la tradicional discusión sobre la voluntad y el interés en torno a los derechos subjetivos, que también tiene sentido en torno a los derechos de los niños y niñas.

¹⁷ M. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de R. Vila Vernis y A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2007, 163-226. Ver también *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, trad. A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2012.

¹⁸ No me voy a detener ahora en mostrar los peligros que se derivan de ofrecer una definición de naturaleza humana. Puede verse P. CUENCA, “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Políticos*, num. 158, 2012, pp. (103-137) 109-115.

¹⁹ M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, p. 129.

derechos, permite considerarlos (en tanto que herramientas) como las condiciones externas que facilitan el desarrollo de las capacidades. De este modo, los derechos han de adecuarse a la situación personal y a las condiciones del entorno para situar al titular en condiciones de desempeñar la función. El modo en el que la función se realiza en los distintos marcos y por las distintas personas, debe ser contemplado en la definición de los derechos. Ello implica también que debe tenerse en cuenta la existencia de barreras que pueden operar de forma diferente para distintos seres humanos. Además, las capacidades se adquieren progresivamente y su carácter es graduable.

Propuestas como las de Fabre o Nussbaum, permiten avanzar en la idea de que no es posible justificar una jerarquía axiológica entre los distintos tipos de derechos a los que nos estamos aquí refiriendo y que, por tanto, resulta difícilmente justificable una jerarquización jurídica.

Estos planteamientos se alejan de la concepción tradicional, en la que aquellos sujetos que se consideran desprovistos de autonomía presentan un impedimento para la atribución y el ejercicio de derechos. Una crítica muy interesante de estos planteamientos y de los sistemas jurídicos de derechos que sustentan, en su caso el de los Estados Unidos de Norteamérica, la encontramos en los trabajos de Martha Fineman²⁰.

Fineman muestra cómo en el modelo liberal clásico no se justifica ningún tipo de compromiso del Estado con la promoción de la autonomía. De este modo, los sujetos que en sus condiciones concretas no son capaces de elegir y de responsabilizarse por la opción realizada –son dependientes y, por tanto, no autónomos– quedan excluidos de los derechos.

La dependencia consiste en la falta de independencia o en la falta de autosuficiencia y puede derivar o no de circunstancias naturales. De este modo, la edad, la discapacidad y en algunos esquemas el sexo, son algunas de estas circunstancias que afectan a la autodeterminación y que pueden impedir la autonomía²¹, lo que se traduce en que sobre su base se puede justificar la negación de la titularidad de los derechos o de la capacidad para ejercerlos. Las personas que por naturaleza son dependientes, son responsabilidad de la familia y en última instancia, del sujeto independiente y

²⁰ M. A. FINEMAN, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, The New York Press, 2004.

²¹ M.C. BARRANCO, “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, en M.C. BARRANCO Y C. CHURRUCA (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17-44.

autosuficiente que se sitúa al frente. La atención a los dependientes es una cuestión privada.

A veces la falta de independencia y de autosuficiencia guardan relación con cuestiones económicas. Algunos sujetos que están en condiciones de elegir, y que por tanto pueden considerarse naturalmente autónomos, no son autosuficientes –carecen de recursos para proveerse a sí mismos y a quienes de ellos dependen–. En el planteamiento que estamos criticando, en estos casos la dependencia se considera producida por el modo en el que se ha ejercido la autonomía y, por tanto, se entiende que la posición económica es el resultado del mérito o demérito individual. No se tiene en cuenta el papel que hayan podido jugar la suerte, el contexto social o las instituciones.

Ya se ha apuntado cómo el sujeto autosuficiente e independiente recibe protección por parte del Derecho frente al Estado y a terceros. Este es precisamente el papel de los derechos. En palabras de Fineman, “la autonomía connota, a nivel ideológico, que un individuo que se ajusta a las nociones dominantes de independencia y autosuficiencia es, a la vez, liberado de la perspectiva de la acción gubernamental regulatoria y liberado, a través de estructuras gubernamentales, de la interferencia de otros actores privados. La libertad a través del gobierno es la base de la no intervención establecida en términos positivos –el derecho a ser dejado solo es también la garantía de la privacidad–. Estableciendo y ateniéndose a una norma de no intervención y regulación para aquellos individuos considerados auto suficientes, el Estado garantiza su autonomía”²². Sin embargo, quienes no son independientes y/o autosuficientes aparecen desprovistos de protección. El modo en el que opera la autonomía resulta contradictorio con la idea de universalidad de los derechos, desde el momento en el que estos sólo sirven para salvaguardar la dignidad de algunos sujetos durante algunos momentos de su vida.

La concepción tradicional ha sido ampliamente revisada, en lo que ahora interesa, desde propuestas como citadas de Fabre, Nussbaum y Fineman, que permiten considerar que la autonomía no es el presupuesto, sino el objetivo de los derechos.

En el nuevo marco teórico, la autonomía orienta la acción del Estado en dos sentidos. En primer lugar, en el sentido tradicional del respeto, lo que implica reconocer las decisiones que las personas (todas las personas) adop-

²² M. A. FINEMAN, *The Autonomy Myth*, cit., p. 9.

tan sobre sí mismas; pero también asume un sentido promocional y justifica que se sitúe a las personas en condiciones de controlar su propia vida²³.

Este aspecto promocional de la autonomía y, por tanto, también de los derechos, exige que se adopte como punto de partida un modelo de relación entre el individuo y la sociedad también revisado. Es en este contexto en el que cobran sentido conceptos como la libertad y la igualdad materiales, la solidaridad o las necesidades. Pero, como se ha insistido, ello ocurre en relación con todos los derechos, y tiene trascendencia, como veremos, sobre la reflexión en torno al catálogo y al tipo de obligaciones que generan.

4. LAS OBLIGACIONES QUE GENERAN LOS DERECHOS SOCIALES

Otra de las razones que se dan para justificar el menor nivel de protección de los derechos sociales es que generan obligaciones más débiles que las de los derechos civiles y políticos. Por un lado, se señala que nos encontramos ante derechos caros, por lo que sólo obligan a los Estados en la medida en que existan recursos disponibles. Además, se consideran derechos prestacionales, frente a otros tipos de derechos. Por fin, se dice, su contenido es indeterminado. A lo largo de este apartado se mostrará como si se acepta que los derechos sociales son derechos humanos, los distintos argumentos que tratan de justificar la flexibilización de sus exigencias quedan sin fundamento.

Al respecto, en la Observación General 3²⁴, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales trata de determinar el alcance de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Pacto. En este documento, el Comité señala las diferencias entre la redacción del artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la elegida para el artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ciertamente, en el artículo 2 PDCP establece la obligación incondicionada de respeto y garantía a todos los individuos que se encuentre en el territorio y a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del Pacto, medidas

²³ R. DE ASÍS y M.C. BARRANCO, "El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", en M.C. BARRANCO (Coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*. Dykinson, Madrid, 2011, pp. (107-132) 110.

²⁴ En el documento E/1991/23 y disponible en http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESCR_GEC_4758_S.doc, última consulta 18 de diciembre de 2015.

oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos; en el artículo 2 del PDESC los Estados se comprometen a “adoptar medidas..., hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. De este modo, suele insistirse en que las obligaciones derivadas del PDESC están definidas por la realización paulatina de los objetivos y condicionadas a la disponibilidad de recursos.

Sin embargo, el Comité incide en las semejanzas entre ambos preceptos y en particular en dos de las que se imponen de modo inmediato: “los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”” (párr. 1); y los Estados se comprometen a “adoptar medidas”, “compromiso que en sí mismo no queda condicionado por ninguna otra consideración”, de modo que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, la medidas tendentes a lograr ese objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados” (párr. 2). Además, añade el Comité, “tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (párr. 2). Por otro lado, no debe entenderse que las disposiciones del Pacto condicionan un sistema económico, pero sí que “la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata” (párr. 8).

Adicionalmente, el Comité insiste en que las medidas legislativas pueden no ser las únicas apropiadas, junto a ellas podrían requerirse recursos judiciales “en lo que respecta a derechos que de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” (párr. 5). En concreto, los Estados que también son Partes en el PDCP ya están obligados a establecer un recurso efectivo para asegurar la igualdad y no discriminación, por lo que esta obligación existe también en relación con el disfrute sin discriminación de los derechos reconocidos en el PDESC.

Existen además, a juicio del Comité, disposiciones que pueden considerarse de aplicación inmediata en numerosos sistemas: 3 (igualdad entre hombres y mujeres), 7 a) i. (igual salario por igual trabajo), 8 (libertad sindical y derecho de huelga), 10. 3 (protección y asistencia a niñas, niños y adolescentes), 13.2. a) (enseñanza primaria obligatoria y gratuita), 13. 3 (derechos de los padres en relación con la educación de los hijos), 13.4 (libertad de ense-

ñanza), 15. 3 (libre investigación científica). Puede verse que estos derechos, que en algunos contextos ya están garantizados, no se corresponden con los que se han identificado como derechos sociales prototipo.

No sólo el PDESC, numerosas cláusulas de reconocimiento de los derechos sociales introducen la idea de progresividad, sin embargo, sería absurdo suponer que cuando los textos condicionan el alcance y la forma de protección de los derechos a la organización y los recursos de cada Estado están aceptando la absoluta desconsideración de los derechos en el mismo documento en el que se comprometen con su reconocimiento. Así, en la Observación General 3, se afirma que la progresividad no puede privar de contenido a la obligación de realización efectiva. Lo anterior implica que existe un núcleo mínimo que el estado debe identificar y asegurar, esto es, “una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos” (párr. 10), y ello tiene efectos en relación con el argumento de la falta de recursos para la satisfacción de los derechos y con la posibilidad de regresión.

Así, “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párr. 11.), además, aun cuando se demuestre la insuficiencia de recursos, la obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de los derecho no desaparece, y han de elaborarse estrategias y programas para la promoción de los derechos económicos sociales y culturales. Finalmente “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (párr. 12)

En cuanto a la posibilidad de regresión, las obligaciones derivadas del pacto se traducen en que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo ...requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (párr. 9).

Como puede apreciarse, también a la Observación General 3 parece subyacer la idea de que los derechos sociales pueden ser más costosos económicamente porque son prestacionales y esta es la idea que permiten justificar tanto la progresividad con la que son concebidos, como que no generen

obligaciones autoejecutables salvo en algunos contextos y en algunos casos. Sin embargo, los derechos políticos y algunos derechos civiles suponen un coste económico importante y podrían llegar a plantear dificultades similares a las de los derechos sociales²⁵. Podemos pensar, por ejemplo, en el acceso a la justicia y en el modo en el que se ha aceptado la legitimidad de los tribunales para controlar el impacto de las tasas decididas por Gobiernos y Parlamentos²⁶. En definitiva, si el argumento económico prevalece sobre los argumentos que justifican la protección de los derechos, no se entiende bien por qué sirve en relación con unos derechos y no con otros.

Por otro lado, frente a la idea de que la garantía de los derechos sociales presentan dificultades específicas por su carácter prestacional, es preciso insistir en que, como ha puesto de manifiesto el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales en muchos casos a partir de la jurisprudencia²⁷, todos los derechos pueden justificar obligaciones tanto positivas como negativas, de tal modo que en su reconocimiento deban incluirse dimensiones prestacionales –y, por tanto, que orienten la acción estatal– y de defensa o respeto –que impongan límites a la acción estatal–²⁸. Las acciones positivas o prestaciones que los derechos pueden reclamar del Estado pueden ser tanto normativas (normas penales, normas de organización y *procedimiento*) como *fácticas* (dinero o bienes)²⁹ y los derechos sociales suelen requerir ambos tipos de obligaciones, pero no sólo

²⁵ D. BARAK-EREZ AND A. M. GROSS, “Introduction: Do We Need Social Rights? Questions on the Era of Globalisation, Privatisation, and the Diminished Welfare State”, en D. BARAK-EREZ AND A. M. GROSS, *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. (21-40) 6.

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia Kreuz contra Polonia, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95), mantiene que el establecimiento de tasas para acceder a la justicia en el ámbito civil, vulnera el derecho reconocido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las tasas resultan excesivas, esto es, dificultan el ejercicio del derecho.

²⁷ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, pp. 65 y ss.

²⁸ En este sentido, la Observación General nº 31 del Comité de Derechos Humanos (aprobada el 29 de marzo de 2004 en sustitución de la Observación General nº 3, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en, última consulta 18 de diciembre de 2015) señala que “se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción” (párr. 3).

²⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 428.

los derechos sociales. Sara Fredman³⁰ utiliza como ejemplo el caso Limbuela³¹, en el que la Cámara de los Lores en Reino Unido considera que para evitar una vulneración del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes) el Secretario de Estado debe proveer alojamiento, comida y “las más básicas necesidades para la vida” –alimento, agua y vestido– (párr. 7)) a un solicitante de asilo que precisamente por ser solicitante de asilo no podía trabajar

Con este punto de partida de que todos los derechos generan obligaciones positivas, es posible aceptar las mayores dificultades que presenta el establecimiento de garantías judiciales para las dimensiones prestacionales, dado que pueden existir varias alternativas para satisfacer el derecho³². Sin embargo, por un lado, estas dificultades se producen en relación con todos los derechos, a propósito de los cuales los poderes políticos disponen de un margen de discrecionalidad sobre el modo en el que se hacen efectivos, y no por ello se considera que se quiebre su sometimiento a la Constitución.

Por otra parte, cuando se reclama un nivel de garantía para los derechos sociales que sea equiparable al de los derechos civiles y políticos, no se está negando que en uno y otro caso los principales obligados sean el Parlamento y el Gobierno. Puesto que hasta el momento se ha trabajado menos en la efectividad de los derechos sociales, es también interesante reflexionar sobre las fórmulas a utilizar, más allá de la garantía judicial³³. En la Observación

³⁰ S. FREDMAN, *Human Rights Transformed...*, cit.

³¹ R v Secretary of State for the Home Department ex p Limbuela [2005] UKHL 66, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051103/adam-1.htm> (última consulta 4 de enero de 2016).

³² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 446 y 447, “Los derechos de defensa son para los destinatarios prohibiciones de destruir, de afectar negativamente, etc. Los derechos a prestaciones son para los destinatarios mandatos de proteger o promover, etc. algo. Si está *prohibido* destruir o afectar algo, entonces está prohibida *toda* acción que constituya o provoque una destrucción o afectación. En cambio, si está *ordenado* proteger o promover algo, *no* está entonces ordenada *toda* acción que constituya o provoque una protección o un a promoción... la omisión de cada acción individual de destrucción o de afectación es una condición necesaria y sólo la omisión de todas las acciones de destrucción o afectación es una condición suficiente para el cumplimiento de la prohibición de destrucción o afectación y, con ello, para la satisfacción del derecho de defensa, mientras que para el cumplimiento de los mandatos de protección o promoción, lo mismo que, en general, para el cumplimiento de los derechos a prestaciones, es suficiente la realización de sólo una acción adecuada de protección o promoción”.

³³ En esta línea P. HUNT, *Reclaiming Social Rights*, cit., p. 69 enumera la importancia de que las investigaciones incluyan otros temas además de la justiciabilidad, tales como los rela-

General 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntualiza que las medidas apropiadas que pueden llegar a ser exigibles para los Estados pueden ser de carácter administrativo, financiero, educacional y social, y no sólo legislativas.

Se ha señalado como la indeterminación del contenido de los derechos sociales es otro de los argumentos que se utilizan para justificar un nivel menor de garantías, aún aceptando una fundamentación equiparable. En torno a la idea de que los derechos sociales son indeterminados, se concentra una parte interesante de la discusión a propósito de la pertinencia de establecer garantías judiciales para ellos. La identificación de un núcleo mínimo del concepto es referida como un paso adelante en la exigibilidad de los derechos y constituye una obligación que según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se derivan del PDESC³⁴, sin embargo, frente a ella, se producen planteamientos que apuntan hacia las dificultades de definir el contenido de los derechos sociales en términos universales cuando el objetivo es atender a las condiciones materiales de existencia que son necesariamente contextuales. Tratar de ofrecer un contenido mínimo y universal de los derechos sociales conduciría a excesos judiciales en el ámbito interno y a una deslegitimación de los instrumentos internacionales, se dice³⁵.

Como ocurre con otros argumentos, no parece que estemos ante una condición exclusiva de los derechos sociales. Al contrario, una de las críticas más potentes a la universalidad que define la idea de derechos humanos tiene que ver con el modo en el que a veces ha operado como un factor que

tivos a los diseños institucionales, a la formulación de estándares precisos, al papel de las organizaciones no-gubernamentales y las instituciones financieras internacionales y al modo en que los derechos sociales pueden conformar las políticas locales, nacionales e internacionales.

³⁴ CG 3, cit., párr. 10, cuya versión en inglés literalmente incluye la expresión núcleo mínimo: “a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party”, no así la versión en español, como se ha visto (“corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”. En posteriores Observaciones Generales el Comité trata de explicitar el núcleo mínimo obligatorio de diversos derechos.

³⁵ K.YOUNG, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *The Yale Journal of International Law*, n° 33, 2008, pp. 113-175, p. 115, enuncia así esta crítica: “That “universality” in the claims of differentially situated people is an impossible goal, and that contextualized claims advanced locally, are too complex to be addressed by the discourse and institutions of rights. With predictions of judicial overreach at the national level and juridical confusión in the international level”.

justifica la imposición de la cultura occidental a otras culturas. También se ha señalado que el carácter abstracto con el que los derechos son definidos los inutiliza como salvaguardas para la dignidad en relación con los seres humanos para los que no están pensados. Si estas críticas no se aceptan para los derechos civiles y políticos³⁶, no se entiende muy bien por qué pueden recibirse en relación con los derechos sociales y, por tanto, no se ve en qué manera puede justificarse la opinión de C. Gerty sobre la falta de controversia actual en torno al contenido de los derechos civiles y políticos frente a la porosidad que caracteriza los derechos sociales:

"The idea of human rights is open-textured. Its content changes as new ways of expressing basic values come to the fore, assuming a human rights shape in order both to capture the essence of what the right is about and at the same time to push for its further realisation in the culture in which the argument for it is being made.

*All of this is particularly true of social rights because it is the social that is now at the frontier of rights-talk. Important though they remain, the contention surrounding civil and political rights belongs now to a different era, one in which democratic freedom was disputed and the basic recognition of all of us as members of a common species had yet to be universally acknowledged. There are of course still disputes about violations of these rights, but little discussion any longer about their essence, and little sense either of their being liable to change or expand over time. In contrast, it is the poroussness of the boundaries of social rights that are their main strength"*³⁷.

³⁶ M.C. BARRANCO, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2010.

³⁷ C. GERTY, "Against Judicial Enforcement", en C. GERTY and V. MANTOUVALOU, *Debating Social Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 1-84, p. 43. "la idea de los derechos humanos es de textura abierta. Sus cambios de contenido, como nuevas formas de expresar los valores básicos, actúan asumiendo la forma de derechos humanos con el fin de captar la esencia de lo que el derecho es y de impulsar su posterior realización en la cultura en la que el argumento a su favor se está llevando a cabo. Todo esto es particularmente cierto de los derechos sociales porque es lo social lo que ahora está en la frontera del discurso sobre los derechos. A pesar de que sigue siendo importante, la disputa que rodea los derechos civiles y políticos pertenece ahora a una era diferente, una en la que la libertad democrática fue disputada y el reconocimiento básico de todos nosotros como miembros de una especie común todavía no se había reconocido universalmente. Por supuesto, hay todavía disputas sobre violaciones de estos derechos, pero poca discusión por por más tiempo sobre su esencia, y poco sentido, ya sea de que sean susceptibles de cambiar o ya de ampliar a lo largo del tiempo. Por el contrario, es la porosidad de las fronteras de los derechos sociales su principal fortaleza".

C. Gearty utiliza para exponer su posición el informe del Comité Conjunto de Derechos Humanos del Parlamento sobre la conveniencia de una declaración de derechos para el Reino Unido³⁸. El mencionado informe recoge los argumentos que ofrece el Gobierno al Comité Conjunto anterior para considerar los derechos sociales como objetivos políticos y no como derechos exigibles jurídicamente. Entre otras razones se alude a que puesto que sus términos son imprecisos, su inclusión en una declaración de derechos permitiría a los tribunales usurpar funciones del Parlamento. Sin embargo, no parece que podamos considerar definitivamente cerrada la discusión sobre el alcance y contenido de los derechos civiles y políticos. Podemos poner como ejemplo la discusión sobre el contenido del derecho a la vida o sobre los límites a la libertad de expresión y sobre el alcance de la libertad de conciencia.

Tampoco sirve afirmar que los derechos sociales se sitúen en la frontera de lo social, puesto que esta misma idea vuelve a ser válida también para los derechos civiles y políticos. Especialmente si aceptamos que el reconocimiento del derecho implica también obligaciones orientadas a hacer posible su ejercicio y que estas pueden ser de tipo institucional pero también de carácter fáctico.

En definitiva, si la indeterminación es un argumento que permite justificar que los derechos sociales no estén constitucionalizados, o no estén provistos de garantías judiciales, este mismo argumento existiría para rechazar el constitucionalismo. Si por el contrario, se acepta la justificación del Estado constitucional y se asume, como hace C. Gearty, que los derechos sociales están fundamentados, es incoherente pretender que deben ser de exclusiva configuración legal.

5. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

En lo sucesivo se abordarán los argumentos que tratan de justificar que los derechos sociales no pueden recibir un nivel de garantías equiparable al previsto para los derechos civiles y políticos. Al respecto, puede ser de interés analizar los distintos modelos de protección presentes en nuestro entorno

³⁸ House of Lords, Joint Committee of Human Rights, *A Bill of Rights for the UK?*, Twenty-ninth Report of Session 2007-2008, Published 10 August 2008, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/165/165i.pdf> (última consulta 4 de enero de 2016).

a través del informe del Comité Conjunto del Parlamento del Reino Unido mencionado en el apartado anterior. En este texto, se hace referencia a tres modelos de reconocimiento de derechos sociales: el de su inclusión como directrices de política pública, un modelo en el que aparecen constitucionalizados como normas plenamente vinculantes y un modelo mixto en el que los derechos operan y un modelo en el que operan como objetivos de realización progresiva con posibilidad de control por parte de los tribunales.

En el primer modelo aquí enunciado, el Comité agrupa los sistemas en los que los derechos sociales se configuran como principios directivos de la política estatal. Esta idea es la que de acuerdo con ciertas interpretaciones se contiene en los derechos sociales que en la Constitución española aparecen como Principios Rectores de la Política Social y Económica, que, recordemos, no son todos los derechos sociales del texto constitucional. El principal inconveniente de este modelo es que, como se ha demostrado en la práctica de nuestro Estado, la ausencia de garantías judiciales pone en riesgo la relevancia práctica de las disposiciones que contienen los derechos sociales, convirtiéndolas en irrelevantes puesto que, señala el Comité, *“even democratic societies which have declared their own commitment to a set of fundamental values can often fail to implement them and can ignore the needs of its most vulnerable members”* (párr. 169).

El segundo modelo enunciado, que el Comité Conjunto analiza y rechaza, es aquel en cuyo marco los derechos sociales se consideran plenamente justiciables y jurídicamente vinculantes. El argumento principal en que se basa el Comité es que las exigencias de los derechos sociales guardan relación con cuestiones de política social y económica competencia de los órganos democráticos (Gobierno y Parlamento) y sobre cuya decisión los tribunales carecen de competencia técnica y de legitimidad. Por ejemplo, señala el Comité Conjunto, no sería constitucionalmente apropiado *“que los tribunales decidieran si un particular nivel de vida es adecuado, o si un particular paciente debe tener prioridad sobre otro para recibir un tratamiento vital”* (párr. 167). Son tres las objeciones del Comité Conjunto que subyacen a esta opinión. En primer lugar, los derechos estarían expresados de un modo demasiado vago. Además, su reconocimiento como exigencias jurídicamente vinculantes supondría dar demasiado poder a los tribunales, lo que iría en contra de la democracia. Finalmente, los tribunales no están preparados para adoptar las decisiones sobre los recursos que el reconocimiento de los derechos sociales implicaría.

En cuanto a la indeterminación, señala el propio Comité Conjunto que depende de cómo se defina el derecho en la texto en el que se reconozca. Además, ya se ha señalado que es posible apelar al núcleo mínimo de los derechos, también de los derechos sociales. Y, en todo caso, ya se ha insistido en que no se entiende por qué el inconveniente es mayor en relación con los derechos civiles y políticos que con los sociales, económicos y culturales. En cualquier caso, las dificultades guardan relación con la discusión en torno a la interpretación de la Constitución.

En torno al carácter no democrático del establecimiento de mayores garantías para los derechos sociales no parece tampoco que puedan darse argumentos que tengan mayor sentido que los que operan en torno a los derechos civiles y políticos³⁹. Cuando los derechos se garantizan frente a los poderes ejecutivo y legislativo, se está llevando hasta sus últimas consecuencias el sometimiento del poder al Derecho, como requisito de legitimidad. En nuestro contexto, no parece que hayan sido los jueces, sino más bien las minorías económicamente poderosas, quienes se hayan convertido en la principal amenaza de la democracia.

Sobre la falta de instrumentos de los órganos judiciales para adoptar decisiones sobre la distribución de recursos, también parece que este argumento pierde sentido cuando se comprueba que los derechos civiles y políticos, cuyo carácter de límite a la mayorías nadie cuestiona, son derechos caros. Que los tribunales adquieran o no competencias que excedan sus facultades depende de qué cuestiones sean las que se presenten como blindadas en la definición del derecho y esto no es un asunto nuevo, que surja específicamente cuando se trata de los derechos sociales.

A estas tres objeciones, Gearty añade otras seis, que igualmente podrían hacerse extensivas a los derechos civiles y políticos⁴⁰. Así, el autor insiste en que la justiciabilidad se vincula de modo inherente al individuo, pero no justifica por qué los derechos sociales no pueden concebirse como derechos de los individuos, precisamente cuando se construyen como derechos humanos

³⁹ R. ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 432: "las normas iusfundamentales que, como las de la Ley Fundamental, vinculan al legislador, establecen lo que no puede decidir el legislador legitimado democráticamente. Desde su perspectiva, fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas de competencia que limitan su competencia. En este sentido, se produce necesariamente una colisión entre el principio de la democracia y los derechos fundamentales".

⁴⁰ Todas ellas refutadas en el mismo volumen por V. MANTOUVALOU, "In support of Legislation", en C. GEARTY and V. MANTOUVALOU, *Debating social Rights*, cit., pp. 85-172.

esto es lo que son. La alternativa sería considerarlos como bienes públicos, lo cual tampoco significa que deban quedar desprovistos de protección pero sí puede sugerir que no son derechos humanos.

Por otro lado, la acción no es necesariamente individual. A pesar de las dificultades que está encontrando en nuestros sistemas la idea de acciones públicas, esta puede ser una herramienta interesante de derechos de todas las generaciones –especialmente cuando se utiliza para hacer valer los derechos de personas incluidas en grupos en situación de vulnerabilidad–⁴¹. A pesar de la opinión de Gearty, por otro lado, los litigios estratégicos están funcionando como una herramienta provechosa.

Junto a lo anterior, cabe recordar que tal y como han sido configurados jurisprudencialmente en contextos constitucionales como el alemán o el español, todos los derechos están dotados simultáneamente de una dimensión subjetiva y de una dimensión objetiva y esta última justifica las obligaciones de los Estados aun cuando no haya un titular que reclame la necesidad de salvaguardar su posición subjetiva⁴².

Señala Gearty que el proceso judicial no es el espacio adecuado para resolver cuestiones relativas al tipo de datos empíricos que requiere la adopción de políticas públicas. Pero con independencia de otros argumentos, los tribunales ya están teniendo en cuenta datos empíricos en sus decisiones, por ejemplo, a los efectos de determinar la desventaja en los contextos de aplicación de la cláusula antidiscriminatoria⁴³.

También utiliza, para justificar que los derechos sociales deben ser articulados políticamente y no tanto a través del Derecho, las dificultades para que los tribunales puedan llevar a cabo un seguimiento de las medidas y el carácter deslegitimador que tendrían las medidas que negasen la razón a quien alega el derecho social⁴⁴. Se refiere el autor específicamente a que los derechos sociales son derechos necesariamente limitados, pero una vez más esto ocurre con todos los derechos.

⁴¹ C. FABRE, *Social Rights Under the Constitution*, cit., pp. 175 y ss.

⁴² Una propuesta al respecto en J. C. GAVARA DE CARA, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.

⁴³ Lo hace, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver M.J. AÑÓN, “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. 127-157.

⁴⁴ C. GEARTY, “Against Judicial Enforcement”, cit., p. 69, “the debilitating danger of the legitimization of rights-breaching circumstances through a legal assertion, corroborated by the courts, that the abuse does not in fact exist”.

Además, se fija en el carácter conservador de la judicatura. En términos políticos, esta idea no refleja una necesidad de la ideología de los jueces, pero en los casos en que se cumple también se aplica a los derechos civiles y políticos y no deja de ser una cuestión que tiene que ver con el modo en el que se organiza el proceso, con los criterios que permiten considerar que una decisión está justificada⁴⁵ y con la formación de los operadores jurídicos (no sólo los jueces). Si el conservadurismo de los jueces guarda relación con la idea de mantenimiento del sistema existente, y este es un sistema en el que se ha avanzado en la protección de derechos, de lo que se está hablando es de garantizar el sometimiento de poder a Derecho y a los derechos y, de nuevo, la crítica de Gearty sería una crítica al constitucionalismo.

Otro argumento en el que el autor insiste a lo largo del trabajo es en las dificultades que puede encontrar el activismo para utilizar los recursos judiciales. Estas dificultades están estrechamente relacionadas con el modo en el que se garantice el derecho a la tutela de los derechos y son precisamente un test de su efectividad. De cualquier modo, cuando se reclaman garantías judiciales para los derechos sociales (o para los civiles y políticos) no se está diciendo que deban ser las únicas vías a través de las cuales se puedan hacer valer. De este modo, hay una continuidad entre este modelo y el que construye en torno a los derechos sociales un deber de realización progresiva a través de medidas razonables de tipo legislativo o de otro tipo, dentro de los recursos disponibles, que apunta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 3. La idea es que la responsabilidad de implementar los derechos sociales recae sobre los órganos democráticos, pero existe la posibilidad de intervención judicial en casos extremos (párr. 172). La opinión del Comité es que este esquema supera los inconvenientes que observa en los anteriores.

En cualquier caso, no parece que el modelo propuesto sea sustancialmente diferente del que se utiliza para las dimensiones prestacionales de los derechos civiles y políticos. Como se ha señalado, los jueces no pueden su-

⁴⁵ Se trata, en definitiva, de plantear criterios para la justificación de las decisiones sobre derechos sociales. Al respecto, S. FREDMAN, *Human Rights Transformed*, justifica tres criterios para la adjudicación que, en su opinión, permiten hacer compatible la garantía judicial con el respeto a la legitimidad democrática y a la posición del legislativo y el ejecutivo: los principios, la razonabilidad y la igualdad. Los principios expresan los valores constitucionales que guían a los jueces legitimando su labor al servir como criterio de supervisión de las decisiones políticas. La autora dota a la razonabilidad de un contenido sustantivo. Finalmente, la igualdad implica el escrutinio de los criterios para evitar la irracionalidad o la discriminación.

plir la actividad del legislativo y del ejecutivo⁴⁶. No podríamos afirmar que los derechos sociales (ni ningún otro derecho) están garantizados en un sistema en el que las prestaciones sólo se reconocen una vez que ha intervenido el juez, como ocurre en buena medida con el derecho a la salud en Colombia.

La garantía primaria de los derechos no es la judicial, los jueces actúan cuando los derechos son vulnerados. En estas circunstancias de vulneraciones de derechos existen distintos mecanismos que permiten hacer exigibles los derechos sociales frente al legislativo y al ejecutivo y que no implican asignar a los tribunales tareas diferentes de las que ya realizan con los derechos civiles y políticos.

Por ejemplo, una vía por la que se pueden reclamar los derechos sociales se abre cuando estos constituyen condiciones para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Ya se ha citado el caso Limbuela. Además, la idea de que los derechos tienen una dimensión objetiva, de la que se han extraído conclusiones en el marco del control de constitucionalidad, por ejemplo, en el caso español, sobre el derecho a la vida⁴⁷, puede ser otra de las vías a través de la cual la garantía judicial se haga efectiva, en este caso, como control abstracto de constitucionalidad.

Por otro lado, en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encontramos pautas para la garantía de los derechos sociales a partir del respeto al núcleo mínimo. Efectivamente, el modo en el que el Comité contempla la obligación de no reversibilidad la aproxima a las obligaciones negativas⁴⁸.

Finalmente, la vulneración de los derechos sociales puede ser al mismo tiempo un atentado contra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. En este contexto, merece la pena analizar hasta qué punto la pobreza se puede justificar como uno de los motivos prohibidos de discriminación, y entender que cuando el ejercicio a los derechos se condiciona al pago de un precio inaccesible para las personas que viven por debajo del umbral de la pobreza se las está discriminando⁴⁹.

⁴⁶ V. MANTOUVALOU, "In Support of Legalisation", cit., pp. 130 y ss.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril, BOE. 119 de 18 de mayo de 1985.

⁴⁸ Ver al respecto M.J. AÑÓN, "¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, num. 34, 2016, p. (57-90) 60.

⁴⁹ M.C. BARRANCO, "Discriminación, pobreza y derechos sociales", *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, volumen monográfico sobre los derechos sociales, 2016 (en prensa).

En definitiva, no existen tampoco razones técnicas que permitan justificar que los derechos sociales no reciban un nivel de garantías equiparable al de los derechos civiles y políticos.

6. CONCLUSIÓN

Hasta aquí, se ha pasado revista a los argumentos que se ofrecen para justificar que los derechos sociales reciban un menor nivel de garantías que los derechos civiles y políticos. Como puede observarse, una vez que se acepta que ambos grupos de derechos son derechos humanos, cualquier argumento que se ofrezca frente a la constitucionalización de los derechos sociales se puede hacer extensivo a la misma idea de constitucionalismo o sólo se explicaría si se pretendiera que las únicas garantías de los derechos son de tipo judicial.

De este modo, parece que si a pesar de todo se acepta la legitimidad del Estado constitucional, se impone una mayor reflexión sobre las técnicas que hagan posible la efectividad de los derechos sociales. Desde luego, una parte del trabajo por hacer tiene que ver con articular esquemas que hagan posible el control por parte de los tribunales constitucionales y del poder judicial del cumplimiento de las obligaciones de quienes están en primera instancia llamados a hacerlos efectivos. Sin embargo, con ello no basta. La adecuada garantía de los derechos requiere de una protección 'multinivel'⁵⁰. Así, cuestiones como la definición constitucional y legal del contenido de los derechos sociales, el desarrollo de planes de derechos humanos que los incluyan y que puedan orientar y dar coherencia a las políticas públicas, la habilitación de instituciones y agencias especializadas o la articulación y coordinación de los distintos niveles territoriales que puedan estar implicados, resultan clave para asegurar su eficacia.

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: mayca@der-pu.uc3m.es

⁵⁰ J. KING, *Judging Social Rights*, Cambridge University Press, 2012, pp. 41 y ss.